

DIRITTO COMUNITARIO - concorrenza: Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza 26 aprile 2024, n. 3838

1. Unione europea – Misure restrittive nei confronti di soggetti coinvolti nel conflitto in Ucraina - Divieto di aggiudicare appalti e concessioni nei confronti di operatori economici che agiscono “per conto e sotto la direzione” di un soggetto di nazionalità russa – Interpretazione - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

1. È rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione di pregiudizialità interpretativa: “se la disposizione di cui all’art. 5-duodecies, lett. c) del regolamento (UE) n. 833/2014, introdotta dal regolamento (UE) n. 576/2022, in materia di misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, nella parte in cui stabilisce il divieto di aggiudicare appalti e concessioni o di proseguire contratti con “una persona fisica o giuridica, un’entità o un organismo che agiscono per conto o sotto la direzione di un’entità di cui alla lettera a) o b) del presente paragrafo, compresi, se rappresentano oltre il 10 % del valore del contratto, subappaltatori, fornitori o soggetti sulle cui capacità si fa affidamento ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici”, si interpreta nel senso che il divieto si applica ad una società di diritto italiano con sede nel territorio nazionale, partecipata da società italiana e con soci persone fisiche non cittadini russi, ma della quale due componenti su tre del consiglio di amministrazione sono cittadini russi e uno dei quali, presidente e amministratore delegato dello stesso consiglio di amministrazione, è anche amministratore unico della società controllante al 90%”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura, delle Gallerie degli Uffizi, di A.L.E.S. - Arte Lavoro e Servizi S.p.A. e di Scudieri International S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2024 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Iuliano, La Fauci su delega di Clarizia, Manetti, Nitti;

I. Illustrazione sommaria dell’oggetto della controversia e dei fatti rilevanti.

I.1. L’oggetto del presente giudizio è costituito dall’affidamento della concessione del servizio di caffetteria e piccola ristorazione presso Palazzo Pitti e il giardino di Boboli all’interno del complesso museale delle Gallerie degli Uffizi a Firenze per la durata di dieci anni dell’importo di € 8.892.215, oltre IVA.

I.2. A conclusione della procedura aperta telematica indetta dall’amministrazione aggiudicatrice Ministero della Cultura – Galleria degli Uffizi è risultata aggiudicataria la Scudieri International s.r.l. riportando il punteggio complessivo di 74,97 punti, di cui 69,91 per l’offerta tecnica e 5,062 punti per l’offerta economica.

Le ulteriori imprese hanno ottenuto punteggi inferiori e corrispondenti a punti 65,139 per la società Momento S.r.l.; mentre la società Vivenda Spa ha conseguito 66,889 punti e la società Opera Laboratori Fiorentini s.p.a. 73,78 punti, risultando la seconda classificata.

I.3. Quest'ultima ha impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana il provvedimento di aggiudicazione del 25 novembre 2022 e gli altri atti della procedura di gara con un ricorso contenente cinque motivi, il secondo dei quali relativo al vizio di violazione dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016 e del D.lgs. 231/2001, dell'art 5 duodecies del Regolamento UE 2022/576, concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina.

Il Ministero della Cultura si è costituito in giudizio allegando una relazione a firma del responsabile unico del procedimento con la quale ha motivato in ordine alle censure svolte, chiedendo il rigetto del ricorso.

Si è costituita la A.L.E.S. – Arte Lavoro e Servizi S.p.A. che ha eccepito il proprio difetto di legittimazione, affermando di essere estranea alla gara di cui si tratta, in quanto la procedura sarebbe stata indetta e gestita dal Ministero della Cultura, chiedendo in subordine il rigetto del ricorso.

Il Tribunale amministrativo regionale ha accolto l'istanza di tutela cautelare e ha disposto l'acquisizione di alcuni elementi istruttori.

Nel termine assegnato, la Scudieri International ha prodotto la documentazione relativa alla cittadinanza del Sig. -OMISSIS-, il passaporto di quest'ultimo e un parere *pro veritate*.

La società Opera Laboratori Fiorentini ha successivamente proposto motivi aggiunti con i quali ha impugnato la relazione illustrativa, sostenendo che con quest'ultima si sarebbe integrata la motivazione dei provvedimenti impugnati. In particolare, oltre a reiterare le argomentazioni proposte, la ricorrente ha sostenuto la violazione degli artt. 68, 94 e 95, del D.lgs. 50/2016, in tema di offerta tecnica.

Nel corso del giudizio di primo grado tutte le parti hanno proposto ulteriori memorie, anche in replica, precisando le rispettive argomentazioni.

I.4. Con sentenza pubblicata il 25 maggio 2023, n. 508 il T.a.r. ha respinto l'impugnativa di Opera Laboratori Fiorentini, compreso il motivo concernente la violazione dell'art. 5 duodecies del Regolamento UE 2022/576, che modifica il Regolamento UE 833/2014, nella parte in cui stabilisce il divieto di aggiudicare appalti e concessioni o di proseguire contratti con *“una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo che agiscono per conto o sotto la direzione di un'entità di cui alla lettera a) o b) del presente paragrafo, compresi, se rappresentano oltre il 10 % del valore del contratto, subappaltatori, fornitori o soggetti sulle cui capacità si fa affidamento ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici”*.

La ricorrente aveva sostenuto che la disposizione fosse applicabile nei confronti della società Scudieri International, in ragione del fatto che il consiglio di amministrazione era composto da due membri (su tre) con cittadinanza russa; uno di questi, Sig. -OMISSIS-, era anche Presidente del consiglio di

amministrazione e amministratore delegato della società, nonché amministratore unico della Sielna S.p.A., società che deteneva il 90 % del capitale sociale della Scudieri International.

Secondo la ricorrente il divieto sarebbe stato operante in sede di partecipazione alla gara, integrando un vero e proprio requisito di partecipazione che avrebbe dovuto essere verificato in sede di ammissione alla procedura.

Il tribunale non ha condiviso l'interpretazione della ricorrente ritenendo che avrebbe l'effetto di operare un'applicazione estensiva di un divieto "*diretto a impedire l'aggiudicazione di appalti nei confronti di società che hanno sede in Russia*", mentre l'aggiudicataria Scudieri International è società di diritto italiano con sede nel territorio nazionale, partecipata dalla Sielna, anch'essa società italiana e con soci persone fisiche non cittadini russi.

I.5. La società Opera Laboratori Fiorentini ha impugnato la sentenza del T.a.r. innanzi al Consiglio di Stato, criticando la decisione e riproponendo le censure di primo grado.

Col secondo motivo, rilevante per il rinvio pregiudiziale, la società appellante ha criticato la decisione sull'interpretazione dell'art. 5 *duodecies* del Regolamento UE 2022/576.

Si sono costituiti nel giudizio di appello - oltre ad A.L.E.S. s.p.a., che ha chiesto l'estromissione per essere rimasta estranea alla gara - la Galleria degli Uffizi e il Ministero della Cultura, nonché la società aggiudicataria Scudieri International, resistendo al gravame, anche in riferimento al secondo motivo, condividendo l'interpretazione dell'art. 5 *duodecies* del Regolamento UE 2022/576 affermata dal giudice di primo grado.

I.6. Questo Consiglio di Stato, dopo avere sospeso l'esecutività della sentenza con ordinanza cautelare del 23 giugno 2023, n. 2568, all'esito della discussione svolta all'udienza pubblica del 23 novembre 2023, ha adottato l'ordinanza collegiale pubblicata in data 4 dicembre 2023, n. 10451. Con questa si è ritenuto che la questione interpretativa della detta norma del Regolamento UE presenta profili di obiettiva incertezza e che la stessa è rilevante ai fini della decisione della controversia; è stata quindi sottoposta al contraddittorio delle parti, ai sensi dell'art. 73 del codice del processo amministrativo, la questione concernente il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

I.7. Le società Opera Laboratori Fiorentini e Scudieri International hanno depositato memorie. All'udienza del 25 gennaio 2024 è stata riservata la decisione.

II. *La rilevanza della questione interpretativa*

II.1. In punto di fatto è accertato che, al momento della partecipazione alla gara, la società Scudieri International aveva un consiglio di amministrazione composto da tre componenti, due dei quali cittadini russi; uno di questi, il sig. -OMISSIS-, Presidente del consiglio di amministrazione e amministratore delegato della Scudieri, era anche amministratore unico della Sielna s.p.a. controllante della Scudieri al 90%.

Le due società sono entrambe di diritto italiano ed hanno sede in Italia; tra i soci non vi sono cittadini russi.

II.2. La ricorrente Opera Laboratori Fiorentini, classificatasi seconda, sostiene che la Scudieri International, società aggiudicataria, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, poiché l'art. 5 *duodecies* del Regolamento UE 2022/576 pone un divieto di aggiudicazione dei contratti ad operatori economici che agiscono "per conto e sotto la direzione" di un soggetto di nazionalità russa e, nel caso di specie, la società aggiudicataria si troverebbe "sotto la direzione" di una "entità" avente cittadinanza russa, quale è quella del Presidente del consiglio di amministrazione e amministratore delegato.

II.3. La censura è rilevante perché ha portata assorbente di tutte le altre, in quanto se fosse accolta, il provvedimento di aggiudicazione impugnato dovrebbe essere annullato e la gara dovrebbe essere aggiudicata alla ricorrente Opera Laboratori Fiorentini.

III. *Le norme del diritto euro-unitario e le norme nazionali rilevanti.*

III.1. Ai sensi dell'art. 215 TFUE "1. *Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V del trattato sull'Unione europea prevede l'interruzione o la riduzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con uno o più paesi terzi, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta congiunta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione, adotta le misure necessarie. Esso ne informa il Parlamento europeo.*

2. *Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V del trattato sull'Unione europea lo prevede, il Consiglio può adottare, secondo la procedura di cui al paragrafo 1, misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali.*

3. *Gli atti di cui al presente articolo contengono le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche.*"

A norma dell'art. 288 TFUE "il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri".

Il Considerando 3 del Regolamento (UE) 2022/576 ricorda che la decisione (PESC) 2022/578 ha ampliato "l'elenco dei componenti sottoposti ad autorizzazione atti a contribuire al rafforzamento militare e tecnologico della Russia o allo sviluppo del suo settore della difesa e della sicurezza" ed il Considerando 4 precisa che essa ha vietato "l'aggiudicazione e la prosecuzione dell'esecuzione di contratti di appalto pubblico e di concessione con cittadini russi ed entità ed organismi stabiliti in Russia".

L'art. 5 *duodecies* del Regolamento 833/2014 in materia di misure restrittive per le azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, inserito dal Regolamento UE 2022/576, prevede:

<<È vietato aggiudicare o proseguire l'esecuzione di qualsiasi contratto di appalto pubblico o di concessione rientrante nell'ambito di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, nonché dell'articolo 10, paragrafi 1 e 3, paragrafo 6, lettere da a) a e), e paragrafi 8, 9 e 10, e degli articoli 11, 12, 13 e 14 della direttiva 2014/23/UE; dell'articolo 7, lettere da a) a d), dell'articolo 8, dell'articolo 10, lettere da b) a f) e da h) a j), della direttiva 2014/24/UE; dell'articolo 18, dell'articolo 21, lettere da b) a e) e da g) a i), e degli articoli 29 e 30 della direttiva 2014/25/UE; dell'articolo 13, lettere da a) a d), da f) a h) e j), della direttiva 2009/81/CE e del titolo VII del regolamento (UE, Euratom) 2018/1046, a o con:

a) un cittadino russo, una persona fisica residente in Russia o una persona giuridica, un'entità o un organismo stabiliti in Russia;

b) una persona giuridica, un'entità o un organismo i cui diritti di proprietà sono direttamente o indirettamente detenuti per oltre il 50 % da un'entità di cui alla lettera a);

oppure c) una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo che agisce per conto o sotto la direzione di un'entità di cui alla lettera a) o b), compresi, se rappresentano oltre il 10 % del valore del contratto, subappaltatori, fornitori o soggetti sulle cui capacità si fa affidamento ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici.>>.

III.2. Per quanto riguarda l'amministrazione delle società per azioni, l'art. 2380 bis cod. civ. prevede che *“La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori.*

2. L'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci.

3. Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione.

4. Se lo statuto non stabilisce il numero degli amministratori, ma ne indica solamente un numero massimo e minimo, la determinazione spetta all'assemblea.

5. Il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi componenti il presidente, se questi non è nominato dall'assemblea.”.

Alle società a responsabilità limitata, quale è la Scudieri International, si applicano l'art. 2475 e l'art. 2475 bis cod. civ., che, tra l'altro, prevedono che spetta esclusivamente agli amministratori la gestione degli assetti dell'art. 2086, secondo comma e che agli amministratori spetta l'amministrazione e la rappresentanza generale della società.

In riferimento alla direzione e coordinamento delle società di capitali, l'art. 2497 del codice civile prevede inoltre quanto segue:

“1. Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

2. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

3. Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

4. Nel caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.”.

In tema di direzione e coordinamento societario vige la presunzione dell'art. 2497 – sexies cod. civ., secondo cui *“Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ.”.*

IV. Le interpretazioni contrapposte.

IV.1. Secondo la società aggiudicataria, il Regolamento 2022/576 ha lo scopo di impedire il finanziamento delle attività di guerra della Russia, e dunque guarda al soggetto che beneficerebbe dell'aggiudicazione del contratto pubblico, al beneficiario effettivo dell'aggiudicazione.

Allo scopo la deducente introduce un parallelo con la disciplina UE sul controllo degli investimenti esteri diretti (IED), che prende in considerazione l'investitore straniero. Il *Considerando 10* del Regolamento (UE) 2019/452 prevede che *“Gli Stati membri che dispongono di un meccanismo di controllo, dovrebbero provvedere, nel rispetto del diritto dell'Unione, alle misure necessarie ad evitare l'elusione dei loro meccanismi di controllo e delle relative decisioni. Tali misure dovrebbero riguardare gli investimenti realizzati nell'Unione tramite costruzioni artificiali che non riflettono la realtà economica ed eludono i meccanismi di controllo e le relative decisioni, ove l'investitore sia in ultima istanza di proprietà di una persona fisica o un'impresa di un paese terzo o da essa controllato, senza pregiudicare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali sancite dal TFUE”.*

Dunque ciò che rileva non sarebbe la nazionalità degli amministratori ma la nazionalità dei soci.

A sostegno della propria tesi interpretativa, la Scudieri International richiama l'indicazione fornita dalla Commissione nelle "*Commission Consolidated FAQs on the implementation of Council Regulation No 833/2014 and Council Regulation No 269/2014*". Evidenzia che il 22 giugno 2022 (aggiornato da ultimo il 31 ottobre 2023) la Commissione ha pubblicato il documento ufficiale (*Commission Consolidated FAQs*), depositato in giudizio anche in formato nativo digitale, che alla pagina 290 del file pdf, contiene la seguente indicazione interpretativa su un caso, che, secondo la deducente, sarebbe identico quello odierno.

In particolare:

<<36. Is a company established in Germany with a managing director of Russian nationality and German residence excluded from the award or the fulfilment of public contracts if the threshold value is reached?

Last update: 23 May 2022

No, it is not excluded on the basis of the Sanctions Regulation since the contract is signed with the company which is established in Germany and not with its managing director.».

Sostiene che l'interpretazione fornita dalla Commissione sarebbe in linea con le raccomandazioni del Consiglio dell'Unione europea (aggiornate al 27 giugno 2022) in materia di attuazione effettiva delle misure restrittive adottate in ambito PESC.

Evidenzia quindi come il Regolamento UE 2022/576 sia stato adottato nel quadro della "*Decisione (PESC) 2022/578, dell'8 aprile 2022, che modifica la decisione 2014/512/PESC concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina*".

Esaminate le due decisioni e i sopra riportati *Considerando 3 e 4* del Regolamento (UE) 576/2022, la società Scudieri International, confermato lo scopo delle sanzioni relative ai contratti pubblici di impedire il finanziamento delle operazioni di guerra e di invasione da parte della Russia, conclude che l'art. 5 *duodecies* deve essere interpretato nel senso di evitare che siano aggiudicati contratti pubblici a società a capitale russo, restando irrilevante il soggetto che amministra la società quando il capitale non sia russo.

Riscontro di siffatta conclusione si avrebbe nella versione linguistica della disposizione, sia nel testo francese e tedesco, che nel testo italiano, dove si fa riferimento alla "direzione" della società, poiché nel diritto societario italiano l'amministratore non *dirige* la società ma la *gestisce*.

Il concetto di *gestione* sarebbe contrapposto a quello di *direzione*, come dimostrato dal fatto che la "direzione" si rinviene soltanto nell'art. 2497 cod. civ. Quest'ultima norma detta le regole per il caso in cui un soggetto ("società o ente") esercita "l'attività di direzione e coordinamento di società" e la distingue dall'attività di gestione.

IV.1.1. Analoga interpretazione è sostenuta dall'Avvocatura Generale dello Stato, in difesa dell'amministrazione aggiudicatrice Ministero della Cultura – Galleria degli Uffizi.

Viene richiamata, oltre alla norma dell'art. 2497 cod. civ., anche quella dell'art. 2497 sexies cod. civ., per ribadire che l'*attività di direzione e coordinamento* è quella che si presume la controllante ponga in essere nei confronti della società controllata, mentre l'attività propria degli amministratori è l'*attività di gestione* dell'impresa sociale.

Ad illustrazione del concetto di “direzione” viene richiamata la sentenza della Corte di Cassazione, III, 1 giugno 2021, n. 15276, la cui motivazione ampiamente si riferisce all'art. 2497 cod. civ..

Secondo le amministrazioni aggiudicatrici anche l'art. 5 *duodecies* del Regolamento alla lettera c) farebbe riferimento ad una nozione di “direzione” coincidente con quella cui si riferiscono il codice civile e la giurisprudenza nazionali. Tale conclusione sarebbe supportata dal tenore letterale della disposizione regolamentare che equipara la società che agisce “per conto” di un'altra persona fisica o giuridica ad una società che agisce “sotto la direzione” di altra entità; essa troverebbe conferma nella lettura sistematica della norma per la quale l'intenzione è quella di impedire l'affidamento di contratti pubblici a società che in virtù della compagine sociale (lett. b) o in dipendenza di altri vincoli (lett. c) risultino sotto l'influenza dominante di “entità” russe.

In tale contesto interpretativo, il riferimento alla “persona fisica” effettuato per il tramite del rinvio della lettera c) alla lettera a) viene inteso dall'Avvocatura Generale dello Stato come fatto alla holding-persona fisica che esercita un'attività di direzione, intesa come sopra.

In conseguenza di quanto sopra:

- sarebbe rilevante che nessuno dei due cittadini russi che compongono il consiglio di amministrazione della Scudieri International – signori -OMISSIS- e -OMISSIS- – siano soci della holding che controlla la società né detentori di quote di quest'ultima;
- sarebbe invece irrilevante che il signor -OMISSIS- sia amministratore della società controllante Sielna, poiché il rapporto di “direzione” non coinvolge l'amministratore della controllante, poiché del potere di direzione e coordinamento della controllante rimane titolare esclusiva soltanto la società.

III.2. L'interpretazione contrapposta dell'art. 5 *duodecies*, lett. c), del Regolamento, in riferimento alla precedente lettera a), è sostenuta dalla società Opera Laboratori Fiorentini.

Quest'ultima richiama l'art. 215 TFUE, al fine di affermare che la norma in contestazione fa ricorso a una fattispecie di ampia portata interpretativa, così da non essere limitata in ragione delle peculiarità dei singoli ordinamenti, in quanto lo scopo perseguito è quello di condurre all'interruzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con la Russia.

L'ampiezza della portata della disposizione si desumerebbe dalla lettera a) dove l'ambito soggettivo di applicazione è riferito a “*un cittadino russo, una persona fisica, una persona giuridica, un'entità,*

un organismo, stabiliti in Russia”, in modo che il divieto di aggiudicare o eseguire contratti non sia ostacolato in sede di applicazione nei singoli Stati dalla diversità dei soggetti giuridici previsti negli ordinamenti nazionali.

Secondo la medesima logica, ad avviso dell’appellante, sarebbe stato individuato l’ambito oggettivo di applicazione della norma. Infatti, al fine di garantire l’operatività della sanzione in modo unitario in tutti gli Stati dell’Unione, ai sensi dell’art. 29 TUE, tale ambito è delineato in modo da ricomprendere una molteplicità di criteri ovvero di relazioni, situazioni e stati, al ricorrere dei quali ai soggetti sopra menzionati si applica il divieto di partecipare a procedure selettive e di concludere contratti: alla lettera a), la località di stabilimento (in Russia); alla lettera b), la situazione dei diritti di proprietà; alla lettera c) l’agire “per conto o sotto la direzione”.

Ne conseguirebbe che la *ratio* della norma e della lettera c) in particolare dovrebbe essere colta anche alla luce della sua collocazione sistematica, in raffronto con le lettere a) e b), poiché, diversamente opinando, detta norma rappresenterebbe una duplicazione delle prime due.

La tesi di fondo della società Opera Laboratori Fiorentini è quella che il termine “direzione” non potrebbe che individuare ogni forma di potere di direzione, controllo, vigilanza, amministrazione, gestione e, quindi, qualsiasi influenza esercitata anche di fatto da parte di una “entità”/soggetto (persona fisica, persona giuridica, entità, organismo) di nazionalità russa.

Ad avviso della deducente, si tratta di interpretazione in linea con la portata generale ed astratta del Regolamento, così connotato nell’ambito delle fonti del diritto dell’Unione, in modo da determinare situazioni giuridiche soggettive in capo ai soggetti di diritto privato sia nei rapporti orizzontali che in quelli con le istituzioni degli Stati e dell’Unione. La diretta applicabilità del Regolamento inoltre è connotata dalla sua obbligatorietà, senza necessità di adattamenti interni, e dalla sua applicabilità integrale.

Di qui la conclusione che il termine “direzione” di cui alla lettera c) dell’art. 5 *duodecies* non potrebbe essere interpretato restrittivamente secondo le indicazioni tratte dall’ordinamento nazionale come “direzione e coordinamento”, ai sensi dell’art. 2497 del codice civile, essendo quest’ultimo un istituto di diritto interno. La norma nazionale sarebbe comunque inapplicabile poiché riguarda fattispecie di responsabilità, mentre la norma regolamentare dell’Unione riguarda un divieto, che va ben oltre la nozione di società ed i rapporti di controllo tra società, come sarebbe confermato dal fatto che l’art. 5 *duodecies* non menziona mai il termine società, richiamando quelli suddetti, allo scopo di estendere l’ambito di applicazione soggettiva.

La contrapposta interpretazione sarebbe quindi fondata sull’erroneo presupposto per cui il Regolamento debba essere interpretato alla luce della norma civilistica di diritto interno, in contrasto anche con il principio di diretta applicazione del Regolamento agli Stati membri.

L'appellante aggiunge che, anche a voler seguire l'orientamento restrittivo di controparte facendo coincidere la nozione di "direzione" di cui al Regolamento con quella di "direzione e coordinamento" di cui al diritto interno, sarebbe proprio la sentenza della Corte di Cassazione n. 15276 del 2021, citata dall'Avvocatura generale dello Stato, a collocare, nell'ambito dei poteri di direzione e coordinamento, il ruolo della proprietà, che si esercita mediante il diritto di voto in assemblea, così valorizzando il profilo gestorio ovvero dell'amministrazione della società. Nel caso di specie, questo sarebbe determinante, atteso che la società controllante al 90% ha un amministratore unico di cittadinanza russa.

V. Formulazione del quesito e sospensione del giudizio.

V.1. Le contrapposte posizioni delle parti danno conto delle ragioni di fondo che sorreggono le due possibili interpretazioni dell'art. 5 *duodecies*, lett. c), relativamente alla nozione di "direzione" in riferimento alle precedenti lettere a) e b).

A quest'ultimo riguardo, quale ulteriore argomento di dubbio interpretativo, si evidenzia che, mentre è scontato che la società aggiudicataria Scudieri International s.r.l. rientri nella nozione di "persona giuridica" di cui alla prima parte della lettera c), non è chiaro se la "direzione" di cui alla seconda parte sia rilevante solo se esercitata da una "entità" diversa da una persona fisica che abbia la cittadinanza russa ovvero se l'espressione ("entità") sia utilizzata nella lettera c) per ricomprendere tutta la gamma dei soggetti di cui alle precedenti lettere a) e b).

L'interpretazione è obiettivamente incerta e, riguardando una questione rilevante, sulla quale, attesa la novità della norma introdotta dal Regolamento 2022/576, non esiste una giurisprudenza della Corte di Giustizia che consenta di risolvere il punto di diritto in contestazione, ne va richiesto l'intervento chiarificatore.

Si propone dunque la seguente questione di pregiudizialità interpretativa, invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sul seguente quesito, rilevante ai fini della decisione della controversia:

<<se la disposizione di cui all'art. 5 duodecies, lett. c) del Regolamento (UE) 833/2014, introdotta dal Regolamento (UE) 2022/576, in materia di misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina, nella parte in cui stabilisce il divieto di aggiudicare appalti e concessioni o di proseguire contratti con "una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo che agiscono per conto o sotto la direzione di un'entità di cui alla lettera a) o b) del presente paragrafo, compresi, se rappresentano oltre il 10 % del valore del contratto, subappaltatori, fornitori o soggetti sulle cui capacità si fa affidamento ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici", si interpreta nel senso che il divieto si applica ad una società di diritto italiano con sede nel territorio nazionale, partecipata da società italiana e con soci persone fisiche non

cittadini russi, ma della quale due componenti su tre del consiglio di amministrazione sono cittadini russi e uno dei quali, Presidente e amministratore delegato dello stesso consiglio di amministrazione, è anche amministratore unico della società controllante al 90%>>.

V.2. In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, il Collegio dispone, ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a., la sospensione del presente processo, riservando la decisione in merito ad ogni ulteriore questione, compreso il regolamento delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) riserva ogni ulteriore decisione in rito e nel merito sull'appello r.g. n. 5010/2023:

- a) rinvia alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione;
- b) ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale del fascicolo di causa;
- c) dispone, nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la sospensione del presente giudizio.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle persone fisiche indicate nella parte motiva.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere